

《資料》

カール・ペーテルス教授

「刑の量定」

本稿は、今年一月半はに西ドイツのミュンスターに現在お住まいになって居られるカール・ペーテルス教授から頂戴した刑事学中型辞典 (*Handwörterbuch der Kriminologie*) 第二版補巻 (2. Auflage, *Ergänzungsband*) 一九七七年 Walter de Gruyter 中の「刑の量定」という項目の別刷りを翻訳したものである。一読して西ドイツの刑の量定をめぐる諸問題を知る上での最新の好個の文献であると考え、早速翻訳の許可をお願いしたところ、折り返しのお便りで、「無論のこと了承しました」とのお返事を得ることができた。ペーテルス教授の常に変らぬ御好意に対し心から感謝する。なお項目の終りに一四〇に及ぶ多数の文献が挙げられているが、本文中に引用されたもののはかは、これを割愛させていただくことにした。

「刑の量定」

内田 一郎 訳

一 刑の量定に関する一般的な諸指摘

刑の量定とは、その際に刑が種類、高さおよび諸状況の点に關して確定される当該事象をいう。刑の量定は刑の範圍に關する制定法の命令に始まり、その刑の範圍はこの事象の以後の経過においてもろもろの変化の可能性を開く。特別の諸事態においてのみ刑量 (*Strafböhe*) は固定されている (絶対的法定刑)。謀殺罪 (刑法二二一条) および民族謀殺罪 (刑法二二〇条 a 一項一号) で無期自由刑のみが法定されているのがこれである。どの程度まで人の殺害の際に絶対的法定刑が宣告されるかは、適用される法定犯罪事実 (*Tatbestand*) により左右される。傷害致死、故殺および謀殺の諸限界は、故意概念の伸長性

(条件付の故意、) および制定法で使用される不特定の法定犯罪事実諸要素 (Tatbestandsmerkmale) のために流動的である。排除されないのは、正しいものと感じとられた刑に関する諸觀念がその法定犯罪事実の適用の際に効力を發揮することである。このようなその他の場合にも考えられる刑と法定犯罪事実との再帰關係はなお詳細な諸調査を必要とする。

時として制定法は一個の法定犯罪事実のもとで一個の刑の範囲のみでなく、數個の刑の範囲を用立てている。技術的にはこのことは同等に排列された並置 (自由刑または罰金) によりまたは通常の事態と例外の事態もしくは特に指定されたまたは指定されない比較的軽い事情または比較的重い事情を伴う事態の對置によって行われる。当該法定刑の範囲内での刑量の詳細な決定はある特定の刑の高さの確定という形でまたはある期間の指定 (不定期刑、少年審判所法一九条) という形で行われる。さらにまた特定の刑は動的に形成されうる (反動可動性の原則、Grundsatz der Reaktionsbeweglichkeit)。そこで科せられた刑は保護觀察のために執行を猶予されうるし、その際に執行猶予を取り消す自由が残される。執行期間はある刑の残余期間が猶予されうるために (刑法五七条) 可変でありうる。行為者人格および再社会化を基礎として整理された刑法に相応するのはこの刑の可変性である。その結果、この判決で科された

刑期は現実の執行期間とはならないことになる。執行期間は補充的な裁判をまつて初めて明らかになる。刑法五七条によれば三月の各有期自由刑は不確定のものである。西ドイツ刑法によれば補充裁判は裁判官の手中におかれてゐる。自由に関する執行 (Freiheitsvollzug) でのこの種の裁判のための管轄権は、成人手続では行刑部 (Strafvollstreckungskammer) にそして少年手続では執行指揮者に付与されている。この執行に近接する裁判官は行刑機関と協力して刑を一層詳細に形成すべきである。法治国上の諸理由からしてこれらの裁判を裁判官に非ざる行政組織や執行組織の手中に置く可能性は脱落する。

二 刑の量定についての科学

刑の量定に関する文献は——再三再四提起される一個の主張とは逆に——極度に容量の多いものである。もろもろの法律家、刑事学者、社会学者、心理学者および精神医学者が繰り返しこの事象の解明と規制のために努力してきている。

すでにザウアー (Sauer) が一九二二年に包括的に刑の量定に関する法的な諸基礎を叙述している。ザウアーからブルンス (Bruns, 一九七四年) に至るまで、単行論文、論説、教科書および註釈書の形をとつて一連の基本的な研究報告の長い連鎖が続いている。その際に問題とされているのは、刑の量定の法

的性格であり、評価の諸観点であり、判断の基準となる評価の方向ならびに評価の重要性 (Wertungsschwere) であり、そして裁判官の主観性の諸限界である。訴訟の点に関して中心点に位置するのは、刑の量定に関する諸事実を獲得すること、獲得した資料へ一般的な証拠評価の諸規則を適用すること、刑の量定という事象およびその文書の上での定着を合理化することならびに刑の量定の修正可能性 (Revisibilität) である。刑事訴訟論は評価の基礎となる諸事実を説明しようとするのと同様に評価という事象自体をも明瞭にしようとするものである。その際に必要となるのは法律家と刑事学者、社会学者、心理学者および精神医学者との協力である。種々の科学の方向が評価という事象そのものおよび評価する人物とかかわりをもっている。刑の量定に関する多面的な諸問題は、思索的にまた経験的にその考察に近づきうる。経験的な資料は一件書類の諸調査、(偶然のおよび計画された、局外にあるおよび関与している) 観察、事実のおよび擬制的資料に基づく質問、統計および法学的に整理された諸源泉 (例えば諸判例集) から獲得される。最近では刑の量定の問題について数学的および技術的方法が努力を払っている。これらの方法は統一化および合理化を目指して普遍妥当の諸基礎を説明しようとする。この種の諸努力がその端緒において正しいものであるかどうかは、それらが実用的であ

「刑の量定」

るかという問題と同様に未解決のものである。

三 刑の量定の不統一性

刑の量定という事象は、法学的に評価する説明によっても事実に説明することによっても単独ではこれを正しく把握しない。事実的な諸事情が法的考察方法に影響を与えるのと同様に、これとは逆に法的諸観念も事実的事象に影響を及ぼす。両方の考察方法を分離することは正しくない法的諸観念に導く。生活に関係する法は諸事実性およびこれらのものから生じる諸可能性から遠去りえない。このことは、最も議論のある法律問題のうちの一つであるところの、科すべき刑の理想的一致量という問題のところでも明らかにする。一方の側の見解 (なかでもブルンス、スペンデル (Spender)) —— 大概は今日では通説として表示されている —— は、個々の場合に唯一の刑量を科すことのみが法に適合するものとする。

これと反対の見解 (エンギッシュ (Engisch)、ペーテルス (Peters)) は、一定の刑の範囲内で数個の刑量が合法的であるとするものである。後者の意見の論拠とするところは、まず第一に、経験的に刑の量定の不一致が確実に存在すること、そしてその際に一方の刑量の方にまたは他方の刑量の方に優位を与えるのは不可能であるということである。諸犯罪行為を比較

する際にこの事象および犯罪行為を産み出す人格の相違に言及すること(同種の諸事件であるにもかかわらず刑が異なることを理由とする不服申立の際の判例がそれである)によって、この問題を回避するわけにはいかない、何故なら異なる行為者の諸犯行は全く明白に所為の重さと人格とに應じて徹頭徹尾これを比較しうるからである。まさに行刑ではこの種の考量が職員および被拘禁者によって試みられる。全く同一の刑事事件の際ですら諸刑が事情により非常に著しく相互に相違することは、検事局の諸申立と裁判所の判決との間の比較の際に、または前後一様の事実関係のもとでの第一審でのおよび控訴審での諸判決を並置してみる際に、または上告審での破棄後のまたは再審手続での諸判決を並置してみる際に明らかになる。啓発されることが多いのは、また錯誤による二重の有罪判決言渡の事案での異なる刑の量定である。

刑の諸量(Strafmabe)の相違は、もちろんまったく法の理念に適合しない一個の必要悪と看做しうるかもしれない。そのような見解は静力学的な考察方法を基礎とするものである。この見解は刑の量定という事象の動力学を看過している。刑の量定という事象は、かなりの部分が統制不能のものであるばかりではなく、一定の範囲では裁判官の自由に任せられている。裁判官は被告人(Beschuldigte)に対して個人的に責任を負う事

門的な判断者として向い合って立つ。裁判官が自己の判断の基礎とするのは、自己の認識と自己の確信とに合致する相当性および合目的性に関する諸評価である。諸観点および諸尺度は個人的な諸見解から完全には解き放されない。裁判官と被告人との間には一個の個人的な関係が存在する。被告人が対決させられていると思っているのは、計算する機械に対してではなく、一人の同胞に対してである。この同胞が一定の秩序に従い被告人の運命を決定する。それとともにこの判決はその裁判官の負担となる。被告人はこれに反して担当の裁判官の危険(Risiko)を負担する。法律なくして犯罪なく、法律なくして刑罰なし(nullo crimine sine lege, nulla poena sine lege)という基本原則は、その構成部分で異なる事柄を包含する。すなわち法定犯罪事実の点に関しては一個の授權の基礎を包含する。実際から考えても法状態からみても、刑の量定の際に問題となるのはもっぱら法の適用のみではなく、ある部分では法的に限定された授權に基づく裁量適用が問題となる。このような基本的観念から以下の論議に際して考えを進めることにしたい。

四 刑の量定に関する適応の諸可能性

ある犯罪行為に対する反動の際に異なる刑量の合法性(Rechtmäßigkeit)を承認するにもかかわらず、要求されるのは一定

の平等性のために法定刑の範囲内で比較的狭い一個の枠を見出そうと試みることである。法定刑の範囲は一個の目盛りを包み込んでおり、この目盛りは物的側面でも人的側面でも思考可能な個々の事態に関する豊富な所与を包含している。けれども具体的な刑の量定の際に見出されるべき範囲は、個々の事案の事実態および人格のもとでそれに相応する範囲である。この問題の解決は種々の方法で行われうる。すなわち、

1 立法者は法定刑の範囲を比較的狭く把握しうるであらう。しかし刑の範囲の上限を引き下げることは、最も重大な諸事案がもはや適切に答えられえないことを意味するであらう。

刑の範囲の下限を引き上げることは、比較的軽い諸事案が高きに失して処罰されるように導くであらう。立法者はさらに個々の諸法定犯罪事実を、相応の刑の範囲を伴う詳細に限定された比較的軽い諸形式と比較的重い諸形式とに分割しうるであらう。しかし諸法定犯罪事実のこの種の分割は、出来事の諸可能性、具体的な諸所為の不法内容、責任および人格の諸所与の多様である点からみて立法者にとってほとんど可能ではないであらう。もしも大多數の法定犯罪事実をそれほど多数の下属形式に分解しなければならぬとすれば、刑法典は完全に見通しのきかないものになってしまうであらう、という点を全く度外視するとしてもそうである。

2 立法者は裁判官の刑の量定のための諸指示を与えうるかもしれない。

イ、立法者は最高刑の中間または三分の一を刑の量定に関する諸考量の出発点として規定しうるかもしれない。この道も同様に通行可能ではない。重大さの点からみて犯罪行為は刑の範囲の中間または三分の一に位置するものではない。ある法定犯罪事実に属する大多數の事案は、「比較的軽い事案」であって、当該犯罪の刑事学的な核心内容から遠く隔っている。従って裁判所は圧倒的な数にのぼる事案で「減輕すべき事情」を設定したり、軽い刑種へ変換してしまうという非難は、不公正に裁判所に対して提起される非難である。このような判例の傾向は、エクスナー(Exner)がすでに一九三一年に確認したところであるが、全く刑事学的な現実に相応するものである。

ロ、立法者は次の方法で刑の量定という事象に参加しうる、すなわち立法者が特定の所与を評価の観点として規定し、それを事情によって所為を重くしまたは軽くするものとして表示し、このようにして減輕する刑の範囲または加重する刑の範囲もしくはその範囲内での相応の斟酌を認めるように導くという方法がこれである。刑法は四〇条ないし四六条、五一条ないし五六条でこのような道を歩んでいる。刑の量定の基礎は行為者の責任である。社会における行為者の将来の生活に対し刑から

期待されるべき諸効果はこれを斟酌するものとする（刑法四六条一項）。このような二重の目標（責任の償い、再社会化）の達成の際にどのような諸観点が考慮されるべきかを制定法はただ例示的に挙示しうるにすぎない。「とくに」考慮すべき事情として法律が述べているのは、行為者の諸動機および諸目的、所為に表われた心情および所為の際に用いられた意思、義務違反の程度、実行の方法および所為の責めに帰すべき諸効果、行為者の前歴、行為者の一身のおよび経済的諸関係ならびに行為者の所為後の態度、ことに損害を賠償するための行為者の諸努力である（刑法四六条二項）。刑法四八条一項によれば故意犯の際に累犯は次の場合には加重された六月の最低刑を伴う刑の範囲に立ち至る。すなわち当該犯罪行為の種類と諸事情の点に関して、行為者が以前の諸有罪判決言渡を警告のために役立てなかったことを行為者に対し非難すべき場合がこれである。法律は加重された責任および再社会化の必要性を考え方の出発点とする。どれだけ累犯が法定刑の範囲内で効力を発揮するかは刑法四六条の一般的な刑の量定に関する規定によって左右される。二つの主刑、すなわち自由刑と罰金との区別の点に関しては、刑法典は短期自由刑を避けようとする傾向をたどっている。このことに役立てられるのは三八条（最低量一月）および四七条（六月以下の自由刑は例外の諸事態に限る）である。六

月以下の自由刑を科することが許されるのは、行為者の所為または人格に存する特別の諸事情が行為者に及ぼす感化のためまたは法秩序の擁護のために自由刑を科することを不可欠なものとする場合に限られる。しかしながら短期自由刑は代替的自由刑の門を通じて再びはいり込む（刑法四三条）。立法者は残念ながら行刑委員会によってなされた提案（Tagungsberichte der Strafvollzugskommission 1. Bd. 1967, S. 60, 146 f.）によって到達しえないでいる。この提案によれば、六月以下の代替的自由刑が執行されるべきなのは、他の自由刑または代替的自由刑と関連して少くとも合計が六月となることが明らかになる場合に限られるのである。

直接に刑の量定に触れる諸規制が重要であるだけでなく、刑法的反動の基本的諸傾向について教示を与えるような裁判官の刑の量定に関する諸規定も当然に重要なものとなる。このことが妥当するのはとりわけ保護観察のための刑の執行猶予（刑法五六条一項）、刑の残余期間の執行の延期（刑法五七条）、刑の留保を伴う警告（刑法五九条）および改善および保安の諸処分（刑法六一条以下）の規制についてである。犯罪行為に対する反動に関する諸規定の総体は従来の刑法に対比して刑の量定という事象についての直接に認識しうる一個の基底を明らかにしている。

3 刑の量定に関する一個の適応は裁判官の一致によつても行われうる。科学に、裁判官の會議または討議に発する諸勧告が刑の量定の基礎に置かれうる。判例の諸一覽表が公刊されることもあるであらう。ある同化作用は諸評価査定制度（「各個のナイフによる刺傷は九月の自由剝奪」）によつても行われうる。終りにある裁判所内または円囲内（刑の量定に関する地理學）で、比較的長期にわたる慣用の結果として判断の諸観点および判断の諸尺度における一定の平等性が生じることがありうる。それらの適応が個々の事案での所為および行為者に関する充分な顧慮を排除しないかぎり、疑念は生じない。ある所為がその人格によつて特徴づけられることが少なければ少いほど、客觀的諸事情がその所為の特性を示すことが強ければ強いほど、ますます諸勧告に対して異論が提起されることは少くなる。このことはとりわけ大量の交通犯罪に妥当する。まさに日割制度は罰金のところで正しい刑の發見の道を拓いている。けれども所為が行為者の人格により規定される度合が強ければ強いほど、ますます一般的諸勧告および諸指標は可能ではなくなる。評価査定制度は比較的重大な犯罪行為の際に著しい不正（Ungerechtigkeiten）を導くことがありうる。

適応の諸傾向は純粹に外部的な諸事情からも明らかにになりうる。それ自体として可能な諸刑量の数は、その傾向があるため

に刑の高さが一定の刑量を固執するところの心理學的に説明すべき傾向から、減少してくる。刑が高くなればなるほど、ますます個々の諸量は脱落する。一年一月と六日という一個の刑は個々の刑としては登場しない（Peters 1932, 92; Rolinski 1969; Schöch 1973, 39）。この場合に最近では「含蓄的傾向（Prägnanztendenz）」といふことが言われている。

五 刑の量定に関する法律上の評価の諸基礎

および評価の諸観点の適用

1 現在有効な西ドイツの諸規定から判明するのは、以前の法状態に比較してみても刑の量定のための尺度となる刑の諸目的が確定されていることである。それらの刑の諸目的のみが刑の量定の際に追求されるのであり、それらは責任の償いと再社会化とに結合されうるのである。一般予防の諸観点はそれ故もはや何らの余地をも有しない。刑法四七条一項、五六条三項で法秩序の擁護が問題となる限りでは、この法秩序の擁護という概念は確かに一般予防的にも理解される。けれどもこの概念は六月以下の自由刑の適用および最低六月の自由刑の執行の問題に言及するのみであつて、この概念に従つて刑の高さが決定されるのではない。このような特別の問題を度外視するならば一般予防の諸観点は問題外となる。一般予防の諸観点は法定刑の

中で斟酌される。限られた範囲内でのみ刑は保安の目的に役立てられる。保安の目的を達成するために法律は主として諸処分（*Maßregeln*）を用立てている。保安の諸観点は刑法四六条自体からは推測されえない。それでもなおこの規定は純粋な責任の量定および社会復帰の測定を基礎づけるものではない。責任は単に刑の量定の基礎でありまた社会復帰は単に斟酌すべき一つの事情である。刑法四六条一項の挙示する個々の諸観点から判明する考量は、一部で不法（義務違反の程度）に、一部で人格に——ただしまさにその責任との結びつきにおいてのみではなく——、一部で所為事象に関係する考量である。個々の諸観点の占める位置の決定は、法律がなるほど責任という概念を挙示してはいるが、まさにこの概念が判例および学問の上できわめて多種多様に理解されていることにより、困難なものとなる。責任を個人的に答責すべき拒絶（*Versagen*）として把握する者は、どの程度まで諸動機、心情または意思、所為に表現される諸事情は責任および責任の程度を決定するのかという問題に、責任ということを原則として承認するにもかかわらず、個々の場合に解答しえなくなるであらう。このことは、期待されるべき事柄と命令された事柄との差異を考慮せざるをえなくする。しかしこのことはもはや真正の責任の償いを意味するものではなく、倫理的および法哲学的に仮定された責任を基礎とす

る所為の償いを意味する。この所為の尺度は応報である。たとえ応報の概念が今日あまり支持を得ないとしても、確かに法律から応報の概念は消去されてはいないし、それどころかおよそこれを除去しえないのである。責任思想も再社会化思想も単独では一つの確定しうる刑量秩序（*Strafgrößenordnung*）に導くものではない。刑量秩序は、法律の挙示する諸観点ならびにその他の諸資料を使用して、責任および社会復帰の目的から獲得される。贖罪思想（*Sühngedanke*）は法律では述べられていない。贖罪が意味するのは、苦痛を甘受することにより責任および不法から離脱することである。贖罪とは、精神的な、靈魂の自由を獲得するための個人的な給付のことである。贖罪はそれとともに責任および人格の形成と密接に関係する。贖罪は応報と関係があるというよりは特別予防と関係があるのである。それが実現されるかどうかは、あらゆる個別化する刑の諸目的の際と同様に、その行為者により左右される。その高度の倫理的な性格の故に贖罪の思想は比較的重大な犯罪行為の際にのみ考慮されうる。刑法四六条に従って試みられる諸考量の範囲内で贖罪の諸考量も試みられうる。

刑法典での刑の量定の規制はなるほど一個の統一的な出発情況をもたらしはする。けれどもそれぞれ所為の諸事情に応じてそれ以上の挙示されていない諸事情が適用されるのである。法

律上の個々の諸観点はそれ以上の下屬する諸観点に導く。実行の方法および有責な所為の諸効果の中へ犠牲者(Victimologie)の認識が割り込むのはこれである。考慮される諸事情は、一般的なまたは特別的なそれぞれ個々の法定犯罪事実に基づき整理された性質のものでありうる。後者の点に関して未だに刑の量定の各論は解決を待っている状態にある。重要な諸準備作業は部分領域でなされてきている。とりわけカイザー(Kaiser)およびシュエヒ(Schöch)により諸交通犯罪に関してなされている。法律および判例に対するあらゆる適応がなされるにもかかわらず、適用されるべき諸観点のうちである相違が依然として存在する。さらに不統一となっているのは諸観点の評価である(刑法四六条二項)。

六 刑の量定に関する評価の事象

刑の量定の諸目的および諸観点の顧慮は一個の行為のうちに進行する。個々の観点で厳密に評価されるのではない。足し算、引き算、合計が行われるわけではない。むしろ刑は一個の全体的秤量の形で見出される。その際に多くの事情が他の諸事情よりも一層重きをなすかもしれない。一個の事情または他の事情に、その事情が判決の中で述べられている場合でさえ、事情によってはおよそ何らの重要性も帰属しない。このことか

ら、刑の量定の誤りが一個の個別的事情から導かれるような手続の問題性が判明する。但しその影響が明白である場合はこの限りではない。このことは例えば刑法四六条三項で明示的に述べられたまた判例や文獻の中でしばしば取り扱われている二重評価について妥当する。問題とされているのは一個の法定犯罪事実要素または法律上の理由が刑の量定の際にいま一度現われてくるような事案であり、例えば故殺の際の人の殺害、偽証の際の司法の危殆化がこれである。これらの指摘は例外なく具体的な所為の重さに関する一個の全体的判断を意味するものである。刑法五〇条(減輕理由の二重斟酌の禁止)または観念的競合(Tateinheit)の際に刑を加法手続で引き上げようとする諸努力も同様にその現実の解決策を提供するものではない。実質的競合(Tatmehrheit)の場合ですら、実務ではその刑はまず最初に大概は統一的に見出され、そして次に漸く分解される。このような手続は人格關係的な刑法に相応する。

活動余地説(Spielraumtheorie)の実用性に対しても諸疑問がある。この説は同様に段階的に進行する刑の量定という觀念を基礎とする。まず第一に責任の償いの思想および再社会化の思想に基づき一個の範囲が発見されるべきであり、この範囲内でそれ以上の目的の諸観点に應じてより詳細な刑が決定されるべきである。

刑の量定論の課題は、どのようにして刑の量定に関する個々の全体的活動 (Einzelgesamtfakt) が成立するのか、どの程度までその活動を客観化することが可能であるのか、またこのことが可能でない限り、ある一定点から純粹に主観的な評価事象を事実的に確實に (sach-bestimmt) 成立させうるかを調査することにある。全体的評価が恣意的であつてはならないとすれば、裁判官の心のうちで行なわれるこの事象は事実的な拘束 (Sachbindung) を必要とするであらう。

刑の量定という事象の客観的諸基礎はまず個々の事実 (所為) から明らかに、次に事実に結合される評価から判明する。

イ、当該所為の経過から刑の量定に関する諸事実、換言すればおよそ初めて刑の量定を可能なものにする彼の諸事情が獲得されるべきである。それらの事実は所為自体のうちに、所為前および所為後の諸状況のうちに、さらにまたその人格および人格の発展のうちに存在しうる。このような方向での諸端緒をもたらすのは刑法四六条である。それでも多くの事柄が依然として不明瞭で不確實のままである。

所為は生の歩みの中に埋っている。所為は法に適合する生活方式からの一回限りの転落でありうる。所為は人格に無縁のものでありうる。さらにまた所為は生活像にびったり合う出来事でありうる。個々の行為責任は一個の行状責任の表現でありう

る。個々の行為責任および行状責任は決して対立するものではない。当該所為が人格に一層深く根ざしていることは、予防思想、とりわけ再社会化を一層強く強調するように導く。当該所為のうちに表現される行為者の態度は、素質、環境 (社会的な諸關係)、生活上の諸出来事、彼を脅かす諸勢力や悪人との紛争および彼の人格の形成のための諸能力により決定される。その所為はきわめて、多種多様に根を下している。このことによつて責任の程度の決定ではなく、また予測 (Prognose) も困難にされる。予測の判断の際に行刑の諸効果とともに斟酌されるべきである。その諸効果はまず有罪判決の言渡を受けた者の刑の感受性 (Stratempfänglichkeit) および刑の感覚の鋭敏性 (Stratempfndlichkeit) に依存するのみならず、行刑の諸可能性によつても左右される。さらにこれらの可能性は一般的に把握されるのみならず、個々の執行組織の状況によつても決定される。従つて裁判官は一般的な執行の諸問題と特殊な執行の経過とを知悉している必要があるであらう。けれどもこの二つの事情は現実にはあてはまらない。一般的な行刑の状況に通じている裁判官でさえも、どのような施設でまたどのような具体的組織で刑または処分が執行されるのかを知らない。

刑事訴訟における間違ひの諸源泉に関する諸調査は、いかに多くの不確實性に、すでに客観的諸事象や主観的諸行為要素

（故意、責任能力）の確認が服しているものかを認識させている。人格の知識、行為と人格との諸関係および将来の人格態度はなお一層高度に暗闇の中にある。刑の量定に関する諸事実が外部的な事象から遠去かれれば遠去かるほど、ますますそれらは人格の領域の中に入ってくることにになり、それだけ一層その取調と評価は困難なものになる。

どのような範囲まで刑の量定に関する諸事実の諸取調が及ぶ必要があるかは比例の原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）に依存する。この原則は当該所為の重要性和決定されるべき反動とによって決められる。取り寄せられるべき諸事実の範囲は、閉鎖されていなければ確定してもいいない。

事実関係の確定と同様に刑の量定に関する諸事実の取調べも法的な諸限界に突きあたる。この取調べも諸証拠禁止に服する。この取調べの諸限界は基本法により線を引かれる。諸取調および諸調査方法で人間の品位（Menschenwürde）を傷つけまたは基本権へ干渉するものは許容されない。重要な認識の諸可能性が連邦中央犯罪簿法（Bundeszentralregistergesetz）により、とりわけ四九条、五〇条によって、排除される。このような方法で適切なそして正しい反動が事情によってそれどころか阻害される。

ロ、刑の量定に関する諸事実の評価の際に問題となるのは方

向と重要性である。犯罪の種類にそれぞれ応じて同一の諸事実が減輕的にまたは刑を加重するように作用しうる。アルコールの飲用は一方の犯罪では——例えば風俗犯では——刑を減輕するように作用し、他方の犯罪では——例えば道路交通犯罪では——刑を引き上げるように作用する。全く同一の犯罪行為の際にもある観点が異った働きをすることがありうる。悪劣な教育状況または限定責任能力は責任非難を減少させるが保安の必要を増大させまたは再社会化の観点のもとで引き上げられた刑期を必要とすることがありうる。どの程度まである観点がおよそ評価の中に入り込むものかは当該所為の諸事情により左右される。そこで累犯は責任非難または再社会化の必要性を基礎づけそして刑を加重しまたはさらにその評価のために重要でなかったりまたは一定の局面（責任、危険性、再社会化）のもとでのみ重要性があつたりしうる。どのような重要性をともなつてある刑の量定に関する事実が評価されるべきかは、目的の置き方にそれぞれ応じて、社会倫理的なまたは刑事学的な諸観点により左右される。責任、再社会化、保安は全く異なる評価の諸基礎を有するものである。この場合にも再び相互的な秤量でその重要性が分配されなければならない。

刑の量定の際に裁判官を事実拘束することがどれほど必要でありまた重要であるとしても、それは確かにある限定された

作用を営むにすぎない。すでに評価とは何かということが多くの事柄を未解決のままにしているしまたそれは個々の事案からのみ裁判官の選択の活動範囲のもとで一層正確に決定しうるにすぎない。ましてや刑の量定に関する評価の仕方は一般的に確定しうるものではない。証拠の範囲の決定の際の裁量の限定は、証拠評価の際ですら、論理学および犯罪徴証学の諸法則に照して、裁判官の刑の量定の自由を制限することよりも一層容易に決定される。裁判官が自己の裁判について何を必要と思料しそしてそれを彼がどのように評価したかは主要な部分において法的に限定しうるものではない。すでに一定の刑の高さが軽いか重いかという問題が個々の裁判官によって異って回答されるのである。

七 裁判官の人格

刑の量定に関する事象が相当の程度まで個人的決断の行動であるとするならば、どのような諸事情が刑の量の決定のために裁判官のところで標準となるかという問題が差し迫ってくる。この問題の解答と取り組んでいるのは裁判官心理学および裁判官社会学である。その際に問題となるのは決してごく最近になって漸く存在するに至った諸問題設定ではない。ベンディックス（Bendix）はすでに六〇年以上も昔に裁判官の裁判活動の心

理学的な諸基礎に関する諸問題と取り組んでいる。私自身すでに一九三二年に裁判官の人格と刑の量定との関連を指摘したことであった。この問題設定は依然として一個の解答を要求しているのであって、もちろんイデオロギーや先入観から解き放たれた解答を要求しているのである。各個の人々のもとで同様に裁判官のところでも諸評価は裁判官の素質、とりわけ彼の性格、彼の教育、教養および陶冶、彼の諸経験および諸体験、彼の人格形成および生活形成に依拠している。人の言葉に注意深く耳を傾けそして他人の身になって考える能力は、裁判官を先入観から守る。政治的、世界観的そして社会的な諸見解は効果を現わすことがありうる。しかし決定的であるのは、またもや裁判官がそれらをどのように消化したかということである。諸単純化を用心しなければならぬ。ある裁判官が客観的には非常に厳格な道義的な諸観念を抱いているが、主観的には非常にきびしく、人は破格な生活を営んでいること、人は悪にさらされていて有罪判決の言渡においても隣人性を必要とすることを確信していることがありうる。同様に裁判官の刑の量定の瑕疵は社会の諸階層の諸対立からは導き出されえない。刑事被告人が諸犯罪のある全体的な集合数のところで裁判官と同一の社会の諸階層の出身であること（道路交通諸犯罪、諸瀆職罪の際にそうであり、事情によっては諸風俗犯罪の際にそのようであ

る)を度外視するとしても、異なる社会の階層に所属することは必ずしも一個の事実在即しない評価の機縁となるとは限らない。それどころかその社会階層に無縁の人が場合によってその社会階層に属する人よりも一層事実在即して判決を下しうる。とりわけその社会階層と無縁の人の所為が彼の価値感情に触れることは一層少ない。裁判官の態度は彼の出身の母体である社会階層によって決定されるとする見解の支持者は、そのうえ一定の(全く歓迎すべき)適応は、当該社会階層に所属することからではなく、当該職業にそして裁判所に所属していることから生じることを看過している。これらを通してすでに取扱った適応事象は完成される。相互的な諸影響および慣用を通してなるほど拘束的なものではないが一定の範囲で作用する一個の統一的な基礎が形作られる。この基礎の中でその社会に関する諸見解も有効になる、なぜなら裁判官自身もその社会の一員だからである。どの程度まで素人裁判職が効力を發揮するかは、なお詳細に検討されるべきであらう。いずれにせよ裁判官の刑の量定は外部から決定される一個の事象でもある。たしかにこのことは個々の事案で、ある刑が過度に高くなることを阻止しえない。それらに対処するには裁判官の自己訓練によるか、適切な法学的なおよび刑事学的な職業教育および慎重な人格の選抜によるしかない。その解決は職業倫理によってのみ見出されう

「刑の量定」

る。

裁判官がしばしば意識するに至らない諸事情は、公判からも生じうる。どのような直接性と活発さとを伴って事実関係が裁判所の面前で展開されるかということは重要なことである。そこである証人は事実関係を多少なりとも印象的に描写しうる。ある事故の結果は写真により明瞭にされうる。検察官は多少なりとも人の心を奪う仕方で諸負罪理由を重からしめうる。被告人の弁護の仕方、被告人の適当なまたは不適当な態度は裁判所の好意または不快を惹起しうる。弁護人は興奮のうねりを惹起させまたは鎮静させうる。たしかにそれらの事情はまた事件に奉仕しうる。それらの事情はさらにまた結果に消極的に影響を及ぼしうる。刑の量定に容易に影響を及ぼす刑の量定に無縁の諸理由に属しうるものに未決勾留の事実と期間とがある。

刑の量定の際に事実在即したおよび事実在即しない諸理由が相互にかかわり合いをもつことがありうる。裁判官は事実在即しないことを意識することすら必要としない。裁判官が自己にとって標準となと思われる諸観点を斟酌する場合ですらも、刑の量を決定的に決めたのはまさにこれらの観点であるという確実性すら存在しない。この点に判決で述べられた刑の量定の諸理由の問題性がある。そしてこれらの理由の報告を規定しているのが刑法二六七条三項一段なのである。合理的に恐らく

は書面に判決を書き上げる際に初めて獲得された刑の量定の諸理由が現実の刑の量定の諸理由でないことも全く起りうるのである。

八 刑の量定のコントロール

刑の量定の一つのコントロールは上訴審で行なわれる。控訴手続では特別な問題は何も生じない。ここでは刑の量定は前審におけると同様の仕方で行進するからである。人を不愉快にするのはいわゆる「控訴割引(Berufungsrabatt)」である。事実関係は依然として同じであるのに些細な諸変更を加えることは、ときとして誠になかなか理解しえない。けれども控訴裁判所による別の評価は、前審により判決で示された諸理由が諸補足または諸修正を見出す点で存在しうる。ある判決が諸理由を伴って存在する場合に初めて諸観点が導入されることは稀れではない。まさにこのような事情が控訴審のある変更された刑の量定を説明するかもしれない。控訴裁判所の刑の量定も独立のものであるならば、被告人が単独でまたは検察官が被告人の利益に控訴を申し立てた場合には、不利益変更(reformatio in peius)の禁止が遵守されるべきである。

刑の量定に対する攻撃は、判決が全体として問題とされることにより間接的に行われうる。ハッデンホルツ(Haddenhorts,

1971)は、手続に関する諸責問の結果に及ぼす効果に関する彼の諸調査の中で、手続に関する諸責問が大成であった場合にその手続の一九・七%が新たな公判で部分的に著しい刑量の諸変更を伴って終結させられていることを確認した。単なる刑の量定に関する上告により刑の言渡は直接的にも攻撃されうる。このような場合には刑の量定という事象での一つの法的な誤りが立証されなければならない。

ブルンスのように刑の量定を単なる判断の余地を伴う一つの法律的行为と考える者は、一個の包摂の誤りを責問する。この事象を一個の裁量行為と考える者は一個の裁量の誤りに異議を申立てる。このことから現実の実務上の諸相違が生じることがどうかは問題であると思われる。両者の見解に従えばとりわけ次のもろもろの誤りに対処されうる。

イ、法律に規定されない刑の適用(罰金のみが規定されているにもかかわらず自由剝奪を科すること)。誤った法律の適用、法律上規定されていない範囲内での誤った裁量活動。

ロ、数個の刑の範囲の存在の看過。法の適用の誤りとしてのおよび現実存在する裁量の余地を無視したための裁量の誤りとしての数個の可能性の無視。

ハ、刑の諸目的の誤りのある顧慮または不顧慮、法律に規定されたまたはその他の事件に関係のある諸観点の不考慮または

法律上許容されないまたは事件にとって取るに足りない諸事情の斟酌。包摂における誤りまたは誤りのある裁量の適用。

ニ、誤った方向でのまたは事実としてその通りでない相互的な秤量での諸観点の評価。この場合にも基本的な諸理論は別の結果に導かない。

ホ、誤った評価の尺度。まず第一に考慮されるのは過多と過少とである。その刑量は明白に理解し難いものであり、維持しえないものでありまた正義と一致し難いものである。このことが意味するのは一方の見解によれば一個の誤った包摂であり、他方の見解によれば一個の裁量の濫用である。けれどもブルンスは、その瑕疵は明白ではないが、その刑は諸裁判所で一般的に普通である刑の範囲の外部にあるような諸事案をも正当に指摘している。上告判例は、刑の宣告にとにかく言わないで刑量に対する責任を事実審裁判官に委ねる傾向がある。従つてその刑はその他の諸刑に比較して高すぎるまたは低すぎるとする理由をもつてする刑量の責問は認められない。このような立場は正当ではない。この立場は法の平等な適用に違反する。この立場は刑の宣告を、外部から認識しうるように登場する主観主義に引き渡す。確かに裁判官の主観的な見解は排除されない。このことはまた行われてはならない。しかし主観主義はある一定の、なお耐えられる程度でのみ効果を發揮することが許される。

る。それらの限界が認めうる程度で踏み越えられた場合には、その判決 (Rechtsprechung) の客観的な基礎は危くされている。上告裁判所は社会的な、比較的な判決の研究に従事すべきではないし、またこれをなさない。けれども上告裁判所は、宣告された刑量が認識しうる程度で通常のそして受け入れられる刑の量に関する上告裁判所で獲得された諸認識の外部にあることを確定しうる。根本において個々の刑量に関する不服申立の核心は高すぎるまたは低すぎる刑量である。しばしばある特定の理由を持ち出すことが可能であるので、ある単なる評価に関する責問を必要としない。終りに一般的な評価に関する責問を論者が排斥するならば、おそらく最も重大な諸事案が上告の領域から締め出されるであろう。これに反しておそらく窮極的には全体的評価でその効果を發揮しない諸瑕疵に対して過多な重要性が与えられるであろう。この場合にも再び判明するのは、表現に関する責問に対して内容に関する責問よりも一層高度の重要性が帰属することである。確かに誤った内容はしばしばその表現を通してのみ認識されうる。けれども別の側面で正しい表現が誤りをも包蔵しうるのであつて、この誤りはもつぱら評価の結果から判明する。論者が決定的に表現に関する責問を狙うのであれば、その上告の位置は一個の秤量に関する審査から一個の単なる判決の作成に関する審査へと変わってしまう。

であろう。

刑量に関する上告の際にも、誤りのある裁判官の態度に関する責問が存在しうる。強調すべきは審理を尽くすことに関する責問である。この責問の基礎となるのは、特定の刑の量定に関する諸事実を明らかにしようという考え、ことに特定の証人または鑑定人を尋問しようとする考えが当該裁判所に湧いてこなければならなかった筈なのに、そうしなかったということである。また特殊な手続に関する誤り、例えば宣誓をさせることに関する瑕疵、誤った裁判所の構成 (Gerichtsbetzung)、不法に行われた忌避申立の却下の如きが刑量に関する上告を基礎づけることもありうる。

その裁判が確定した場合には、それは刑訴法三六三条により再審手続の方法では刑量の変更の目的で攻撃されえない。裁判所が不法に重要な刑の量定に関する諸事実、例えば限定責任能力、犠牲者の重大な間違った態度の如きを斟酌されなのまま放置しそしてもし放置されなければその刑量に関する著しい変更がもたらされたであろうと認められる場合 (例えば遙かに軽微な程度の有期自由刑または無期自由刑の代わりに有期自由刑) ですら、再審は可能ではない。一個の変更は恩赦手続でのみ行われうる。判決の諸訂正に対する恩赦担当者の抵抗は実務上もちろん該当者に対してあまり希望を残さない。

九 刑の量定の中心としての公判

法によるコントロールが困難であればあるほど、ますます重要なものになってくるのが公判で信頼される刑の量定を確保することである。証拠を評価することおよび刑を量定することは、法治国性と合致し難い裁判官の主観主義の二個の危険な点である。確かにこの主観主義は、すでに強調されたように、排除されえない。そこで客観性と主観性とを結合するという問題が生じる。問題となるのは、どの程度まで、裁判官の主観性が不可欠であるところで、それにもかかわらず客観性が基礎として確保されうるかということである。これを確保することは第一にまず刑の量定論およびそのために必要な法律家以外の諸知識の点での法律家の十分な職業教育により行われうる。この点に関してはすでに刑の量定に関する適応の問題のところで述べておいた。その客観化にさらに諸手続規定が奉仕しうる。主要な刑の量定理由の挙示を義務づけることが行き過ぎにならないことは同様にすでに強調しておいた。もっと重要であると思われるのは、刑の量定の取扱いの重要性を裁判所に向って明らかに示すことである。

公判は有罪の評決 (Schuldspruch) と刑の宣告とにかかわり合っている。刑の量定に関する諸事実についての論議は例外な

く正犯および罪責の調査に比べて後退する。有罪の評決も誤りのあるものでありうることは、刑事訴訟での間違いの諸源泉に関する諸調査で明白になるであらう。従ってこれらの諸調査の慎重さが割り引かれることがあってはならない。むしろ、かく重大な事案で、自由刑が見込まれるような場合には、その反動に関する調査を罪責の調査と同程度に詳細に形成することが必要である。一個の主要な取調機関として刑法法はその最新の法文中に裁判所補助 (Gerichtshilfe) を導入した。反動に関する調査は統一的な公判で (事情によっては中断を伴って) 行われるしまたはさらに形式的に二個に分割された審理でなされる。改正論議のなかで公判を二個に分割する問題 (ブラウ、フィッシング、ハーテルス一九七五年、ホルン一九七五年のところで継続) が一個の重要な役割を演じている。

行為刑法から行為者刑法へという移り変わりは、そして現実には刑法の一個のより強く人格と結びつけられた行為刑法への改造は、いずれにせよ、刑の量定に役立つ諸熟考を必要欠くべからざるものになっている。

文献

- L. Bendix : Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters (herg. von M. Weiss). Neuwied-Berlin 1968.
H.-J. Bruns : Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung, 2.

Auf. Köln-Berlin-Bonn-München 1974.

K. Engisch : Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. München. 1963.

K. Engisch : Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechts-philosophie. München 1971.

F. Exner : Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. Leipzig 1931.

W. Haddenhorst : Die Einwirkung der Verfahrensrüge auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren. Karlsruhe 1971.

G. Kaiser : Verkehrsdelinquenz und Generalprävention. Tübingen 1970.

K. Peters : Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin 1932.

K. Peters : Grundprobleme der Kriminalpädagogik. Berlin 1960.

K. Peters : Strafprozeß, 2. Aufl. Karlsruhe 1966.

K. Peters : Fehlerquellen im Strafprozeß, 3 Bde. Karlsruhe 1970, 1972, 1974.

K. Peters : Der neue Strafprozeß. Karlsruhe 1975.

K. Rolinski : Die Prägnanztendenz im Strafurteil. Eine

Untersuchung zur Bevorzugung und Benachteiligung von Strathöhen und über die Bedeutung von Merkmalen der Täterpersönlichkeit für die Strafzumessung auf statistischer Grundlage. Kriminologische Schriftenreihe, Bd. 37. Hamburg 1969.

W. Sauer : Grundlagen des Strafrechts. Berlin-Leipzig 1921.

H. Schöch : Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. Kriminologische Aspekte der Strafzumessung am Beispiel einer empirischen Untersuchung zur Trunkenheit am Steuer. Stuttgart 1973.

G. Spendel : Zur Lehre vom Strafmaß. Frankfurt a. M. 1954.